

REVISÃO DOGMÁTICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ALGUNS ASPECTOS DECORRENTES DESSA REELABORAÇÃO

José Manoel de Arruda Alvim Netto

Professor de Direito Civil e de Direito Processual
Civil da Faculdade de Direito de Bauru
– Professor-Assistente da Faculdade Paulista
de Direito – Membro do Instituto de Direito Público
da Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo.

SUMÁRIO: 1 – A reelaboração do Direito no século XIX; 2 – A idéia que se fazia do processo; 3 – A teoria civilista da ação; 4 – Classificação das ações à luz da teoria civilista; 5 – Autonomia do direito de ação; 6 – Moderna classificação das ações; 7 – O processo concebido como contrato, ou quase-contrato e como relação jurídica; 8 – O processo é predominantemente instrumento técnico.

1 – No século passado teve lugar total reelaboração do Direito, tendo sido todos os setores da ciência jurídica atingidos.

Particularmente no Direito Processual Civil, na segunda metade do século passado, iniciou-se uma autêntica revolução que constituiu em colocar as bases fundamentais para o estudo verdadeiramente científico desta disciplina.

Inegavelmente, o século XIX, antecedido pela Revolução de 1789, significa para o Direito moderno um de seus momentos capitais. A Revolução Francesa foi o prólogo de todo um ciclo histórico. Seguindo-se a ela o século XIX, foi êle o início de toda uma revisão de conceito jurídico, decorrentes da necessidade de se reelaborar uma nova ordem, compatível com os frutos da grande revolução.



Thon, no século passado, observava que o direito privado era o fundamento do Estado, “do nosso hodierno direito público, dêle dependendo todo outro direito”. No entanto, ponderou *Siqueira Ferreira*, em cuja obra colhemos essa opinião, tal visualização em nossos dias só é compreensível “em sentido inverso” (cf. *Siqueira Ferreira*, “A Natureza Jurídica da Ação”, São Paulo, 1940, pág. 92).

A observação era exata, porquanto é sabido que o *privatismo* teve um vigor extraordinário no século passado. As raízes disso prendiam-se às idéias matrizes do Liberalismo, nomeadamente ao pensamento de *Rousseau*. Êste, no seu “Contrato Social”, bem sintetiza, por assim dizer, a mola propulsora do século XIX: “... quand tout le peuple statue sur tout le peuple, il ne considère que lui-même; et s’il se forme alors un rapport, c’est de l’objet entier sous un point de vue à l’objet entier sous un autre point de vue, sans aucune division du tout. Alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. C’est cet acte que j’appelle une loi” (cf. *J. J. Rousseau*, “Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique”, Garnier, Paris, 1954, pág. 258). Vê-se, portanto, o papel saliente que se deu à vontade, à vontade individual, no século passado, o que impregnou a generalidade dos institutos jurídicos.

Apesar do processo constituir uma disciplina autónoma, nos dias de hoje, mercê de grande evolução porque passou, ainda assim, êle convive com o direito material, porque tem, via de regra, natureza instrumental, destinada à tutela do direito substancial.

Observou o Prof. *Mauro Cappelletti* que “las ideologias penetran en el proceso civil, sobre todo a través de la mediación del derecho substancial, a causa del carácter instrumental del derecho procesal” (cf. *Mauro Cappelletti*, “Ideologias en Derecho Procesal”, publicado na “Re-

vista da Faculdade de Caxias”, trad. de Miguel Spagna Berro, Ano 1, n° 1, 1964, pág. 173).

Que não dizer dessa convivência do processo com o direito material e, conseqüentemente, da influência deste sobre aquele, no século passado, antes da revisão de conceitos, por que passou o processo?

2 – O Direito Processual era mesmo, antigamente, classificado como mero compartimento do Direito Civil, não passando de uma projeção deste (cf. *Planiol*, “*Traité Élémentaire de Droit Civil*”, Paris, 1911, 6ª ed., *Libr. Gén. de Droit et de Jurisprudence*, vol. 1, n° 26, pág. 10).

Nessa época o processo vivia vergado ao pêso do civilismo avassalador.

Essa renovação conceitual, no âmbito do direito processual civil, provocou integral revisão dogmática, podendo-se, a rigor, dizer que, na realidade, essa renovação é que criou a dogmática processual, antes inexistente.

Como conseqüência disso, saliente-se, desde logo, ficou plenamente evidenciada a autonomia deste ramo de Direito.

Curialmente, classificado o processo civil como puro compartimento do Direito Civil, era inevitável a predominância de um método acentuadamente descritivo, que se contentava com a contemplação dos usos e praxes observados em Juízo. O direito processual civil, por conseguinte, era havido como o próprio direito privado, numa posição projetada em Juízo.

3 – A concepção de ação, àquela época, era a que identificava, apesar de leves discordâncias entre os autores, o *direito e a ação*. Altamente expressiva a lição de *Demolombe* ao afirmar incorrer em *pleonismo* aquele que falasse em direitos e ações” (cf. *João Monteiro*, “*Processo Civil*”, ed. 1912, 3.ª ed.; *Correia Teles*, “*Doutrina*

das Ações”, adaptada por *Teixeira de Freitas*, ed. 1880, pág. 1; *Paula Batista*, “Teoria e Prática do Processo Civil”, ed. 1910, pág. 9). Na Itália, também atendendo às idéias predominantes, o tema é analisado por *Pisaneli, Scialoja e Mancini*, in “Comentario del Codice di Procedura Civile”, coordenado por *Galdi*, ed. 1875, vol. 1º, nº 385.

Ora, a ação é o núcleo do processo; é em decorrência dela que êste se formava e se forma. Se ação e direito eram a mesma coisa, fatalmente, mercê desta premissa, tinha o processo que ficar confinado a mero compartimento do Direito Privado. A ação era informada, acentuadamente, por princípios de direito privado, porquanto ela não passava, quando muito, de uma modificação do direito que, por seu intermédio, se fazia valer.

4 – Exemplo da aplicação dos princípios de direito privado à teoria da ação, encontramos na própria classificação das ações. *Correia Teles*, por exemplo, classificava-as tendo em vista a *pretensão de direito material*. Assim, as ações podiam ser *reais* ou *pessoais*, conforme se originassem de um *jus in re* ou de *obrigação pessoal* (cf. *Correia Teles*, op. cit., § 2º - v. ainda, quanto a outros aspectos de classificação: § § 8.º, 10, 11 e 12).

Quer relativamente à identidade da ação com o direito, que por seu intermédio se colimava fazer valer, quer quanto à classificação das ações, o panorama modificou-se substancialmente.

5 – *Chiovenda*, fundando em 1903, ao pronunciar a célebre “prolusione bolognese”, a moderna escola processualística italiana, já afirma, como premissa elementar de seu sistema a autonomia da ação (cf. *Enrico Tullio Liebman*, “L’Azione nella Teoria del Processo Civile”, pág. 430, in “Scritti Giuridici in Onore di Francesco Carnelutti”, vol. II, Padova, Cedam, 1950). *Chiovenda*, na sua última obra, em que sintetiza o seu pensamento, as Insti-

tuições de Direito Processual Civil, coloca a ação como instituto já processualmente configurado, afirmando-o independente do direito, que ela se destina a fazer valer. Observa que “a independência e a autonomia da ação se tornam mais evidentes nos casos em que a ação tende a um bem impossível de conseguir-se por obrigação, mas que só se pode conseguir no processo; ou em que tende a um bem sem que exista, ou sem que se saiba se existe algum direito subjetivo atribuível àquele que dispõe da ação”. Em seguida, considera o problema da ação declaratória e as implicações deste tipo de ação, na teoria. Diz o seguinte: “a ação é independente do direito que lhe caiba satisfazer. Mais claro o percebemos na ação de declaração negativa, com a qual o autor obtém a declaração de que *não tem* por lei determinado dever; êle não usa, portanto, de outro direito subjetivo, que não o da pura ação. Nem a certeza jurídica poderia ser prestada pelo devedor: só é possível conseguí-la por meio do processo” (cf. *Chiovenda*, “Instituições de Direito Processual Civil, trad. brasileira, 1.º vol., n.º 6). Baseou-se *Chiovenda* em trabalhos doutrinários de *Adolfo Wach*, nomeadamente em trabalho escrito por êste sobre a ação declaratória (cf. *Chiovenda*, “Instituições”, cit., 1º vol., n.º 6, págs. 22/24).

Todavia, *Chiovenda*, ao tratar das *condições da ação* entende que estas são “necessárias para obter um pronunciamento *favorável*”, ou seja, são as “condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta de lei invocada pelo autor” (cf. *Chiovenda*, “Instituições”, cit., vol. 1.º n.º 19, pág. 66, grifou-se). Esta posição é criticada por *Alfredo Buzaid* (“Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil”, 2.ª ed., pág. 89), ao ensinar que, quando do exame das condições da ação o magistrado “ainda não entrou no objeto da ação, que espelha o litígio entre as partes.”

A crítica do Prof. *Alfredo Buzaid* funda-se na idéia de não mais se conceber a ação como direito *concreto* à sen-

tença favorável, mas sim como direito *abstracto* à sentença de mérito.

O Prof. *Enrico Tullio Liebman*, bem explica essa posição, em livro recente: “Le condizioni dell’azione, illustrate qui sopra, sono i requisiti costitutivi dell’azione: col loro concorso, l’azione deve considerarsi esistente, come diritto a provocare l’esame e la decisione del merito” (cf. *Liebman* “Manuale di Diritto Processuale Civile”, Giuffrè, Milano, 1957, 2.^a ed., I, pág. 46, n.º 15).

6 – Quer dizer quanto à classificação das ações?

Ainda subsistem as classificações que pertencem “pròpriamente ao direito substancial”, a saber: a) ações reais e pessoais; b) mobiliárias e imobiliárias, etc. (cf. *Chiovenda*, op. cit., n.º 10, A).

No entanto, mercê da revisão dos princípios do processo, há classificação autenticamente *processual*, que não mais tem a lide informar a pretensão de direito material, mas sim o poder “de pedir a atuação da lei por obra dos órgãos jurisdicionais”, tendo em vista a natureza do pronunciamento jurisdicional colimado. É a seguinte quanto ao processo de conhecimento: a) ações declaratórias, ou de mera declaração, que podem ser positivas ou negativas; b) ações constitutivas e c) ações condenatórias (cf. *Chiovenda*, op. cit., n.º 10, B e *Liebman*, op. cit., pág. 61, n.º 22). Esta classificação diz respeito às ações de conhecimento. Deve-se dizer, todavia, que as ações de conhecimento, por sua vez adotando o mesmo critério – classificação das ações à vista do fim por elas objetivado – inserem-se em outra classificação, a saber: a) ações de conhecimento; b) ações executivas e c) ações cautelares (cf. *Liebman*, op. cit., n.º 16, pág. 47).

Couture observou que, para a ciência do processo “la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la divi-

sión del átomo" (cf. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3.^a ed., póstuma, 1958, n.º 38, pág. 63).

Efetivamente, o cotejo da posição dos defensores da teoria civilística da ação, com aquela defendida pelos que consideram a ação direito autônomo, sobretudo com os que a entendem como direito abstrato, bem demonstra a grande evolução por que passou o instituto da ação.

7 – Em 1868, *Oscar Bülow*, publicou célebre obra, intitulada "Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen" (Teoria das Exceções Dilatórias e dos Pressupostos Processuais), onde distinguiu, com nitidez, o direito material controvertido e o processo, através do qual se resolvia aquê. Uma coisa era a relação material litigiosa (res in indicium deducta); outra, a relação jurídica processual (iudicium). Esta conceituação foi de extraordinária importância, eis que o processo ficou concebido como verdadeiro "continente", e a lide como o seu "conteúdo" (cf. *Carnelutti*, "Sistema di Diritto Processuale Civile", ed. de 1936, págs. 40, 231 e 250; idem, *Carnelutti*, "Istituzioni del Processo Civile Italiano", 5.^a ed., 1956, Roma, n.º 32, pág. 32; *Buzaid*, "Do Agravo de Petição", cit., pág. 82 e segs.; *Liebman*, "Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro", Saraiva, S. Paulo, 1947, pág. 126). A respeito da importância desta obra, na evolução do processo civil, disse *Pontes de Miranda* que, com a sua publicação "A ciência do direito processual nascera; os frutos apareciam" (cf. *Pontes de Miranda*, "Comentários ao Código de Processo Civil", 2.^a ed., Forense, 1962, XV vol., pág. 286).

Anteriormente ao aparecimento da obra de *Bülow* e os frutos por ela provocados, na conseqüente reelaboração teórica do direito processual, era comum dar-se a natureza jurídica do processo como sendo a de um contrato, ou quase-contrato, embora isto repugnasse à mais elementar lógica jurídica. Pensamos que esta idéia – natu-

reza do processo como contrato ou quase-contrato – assumiu particular vigor, ou melhor dizendo, reassumiu particular vigor – porque já era conhecida no Direito Romano – no século XIX em virtude do valôr, quase místico, a que se elevou, ao influxo das idéias de *Rousseau*, a figura do contrato, expressão do papel da vontade na ordem jurídica.

Dentre diversos autores, por exemplo, encontramos *Paula Batista* que, ao tratar de assunto ligado à impossibilidade de desistência da demanda, depois de contestada, observa repousar a razão disso no seguinte: a litis-contestação (*judicium acceptum*) é “um quase-contrato judiciário (*in judicio quasi contrahimus*), pelo qual as partes se *obrigam* a receber os julgados como leis, *obrigação* esta, da qual uma se não pode eximir sem consentimento da outra”. Aduz, ainda, firmemente convicto da justificativa que “nisto não há ficção” (cf. *Paula Batista*, op. cit., § 105, pág. 95, grifou-se); esta era também a explicação de *Alberto Antonio Moraes de Carvalho*, in “*Praxe Forense*”, 3.^a ed., Rio de Janeiro, 1910, pág. 99, § 329, nota 240).

Mesmo entre os juristas mais antigos encontramos quem, já àquela época, criticasse essa posição, porque atentatória d’ “a pureza dos princípios” (cf. *João Monteiro*, op. cit., II.^o vol., § 101, pág. 52, nota 2.^a; idem, *João Mendes Júnior*, “*Direito Judiciário Brasileiro*”, 2.^a ed., 1918, pág. 148).

No entanto, o conceber-se o processo como *relação jurídica*, desvinculada da relação jurídica material, naquela contida, somente foi possível depois da evolução doutrinária, iniciada mercê da obra de *Bülow*. Foi esta obra o ponto de partida para a autonomia do processo, tal como hoje é ela entendida, e informa todo organismo processual.

Sabe-se que, em virtude da concepção do processo como um contrato ou quase-contrato, existia o instituto da *litiscontestação*, estudado em todos os nossos antigos processualistas (cf. *Pereira e Souza*, "Primeiras Linhas sobre o Processo Civil" acomodados ao Fôro do Brasil, até o ano de 1877, por *Teixeira de Freitas*, 9.^a ed., Rio de Janeiro, Garnier, pág. 148 e segs.; *João Monteiro*, op. cit., vol. II.^o, § 115, pág. 78; *João Mendes Júnior*, op. cit., págs. 147/148; *Paula Batista*, já citado acima).

A explicação de *Paula Batista*, pertinentemente a este instituto, já foi por nós referida. *João Monteiro* e *João Mendes Júnior*, embora entendendo subsistente o instituto, são bastante evoluídos, no sentido de não darem à *litiscontestação* mais como um ato material – ato processual, no sentido próprio do termo –, mas sim como o complexo de pretensões deduzidas no processo. Talvez fôsse um conceito diáfano, ou uma visualização pouco firme, mas seguramente indicadora de um instituto em vias de desaparecimento.

O insigne Prof. *José Frederico Marques* observa que, com o caráter publicístico assumido pelo processo, "deu a moderna doutrina científica do Direito Processual Civil, um extraordinário relêvo à litispendência. ... Superado o *praxismo* e a concepção contratualista do processo, a antiga *litiscontestação* cedeu o seu posto à litispendência" (cf. *José Frederico Marques*, "Instituições de Direito Processual Civil", 1.^a ed., Forense, III.^o vol., n.^o 673, pág. 126).

Com estes exemplos, objetivamos pôr em relêvo especial que, no processo civil, afigura-se-nos inadequado tratarmos, cientificamente, de qualquer tema, sem que recorramos, constantemente, às concepções ultrapassadas. E isto porque, entre o velho e o atual, no processo civil, o contraste é bastante grande, o que põe em grande realce a evolução operada, e a fisionomia atual dos institutos do processo.

De outra parte, nunca é possível nem legítima a desvinculação total do passado, mesmo porque autores antigos há de excepcional valôr e as próprias legislações já não vigentes, fornecem elementos, dos mais expressivos, à compreensão atual dos fenômenos processuais.

Êste método de estudo, comparativo numa dimensão histórica, através do estudo dos processualistas que nos antecederam, aliado ao método de cotêjo das legislações mais importantes atuais e dos doutrinadores mais eminentes, nos dará uma visão histórica dos institutos, bem como a verificação daquilo que tem efetivamente valôr universal, pela adoção nos diversos países de alto nível jurídico.

8 – O processo é um instrumento de técnica jurídica, cujo escopo principal é a solução da lide. A tarefa do processualista, no trato de sua ciência é essencialmente a de aproveitando-se dos valôres universais da ciência jurídica processual, da atualidade e do passado, objetivar a simplificação dêsse instrumento “que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça”. Na medida dessa simplicidade, sem que dela decorra prejuízo para as partes litigantes, é que se estará dotando a Justiça de um instrumento realmente útil, e portanto, digno de sua alta missão. Nos dias correntes dúvida alguma se pode levantar de que o processo é um instrumento público, e o Direito Processual Civil – apesar do respeito devido às partes, através da consagração Legislativa do princípio dispositivo – está inscrito no quadro do Direito Público.

Doutrina o Prof. *Alfredo Buzaid*: “Um Código de Processo é uma instituição eminentemente técnica”. Se o processo é *meio* a perseguir um *fim* o que se aceita como *dogma* –, põe-se relevante que a técnica é o elemento fundamental no tratamento da disciplina. O escopo do processo, “dar razão a quem a tem” é, na realidade, não

um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda sociedade" ("Anteprojeto de Código de Processo Civil", elaborado pelo Prof. *Alfredo Buzaid*, nº 13, pág. 13).